

Civile Ord. Sez. 1 Num. 26784 Anno 2023

Presidente: AMENDOLA ADELAIDE

Relatore: MERCOLINO GUIDO

Data pubblicazione: 19/09/2023



ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 31787/2020 R.G. proposto da
ROSSI PIERGIUSEPPE, rappresentato e difeso dagli Avv. Carmine Ferro e Giuseppe Faedda, con domicilio in Roma, piazza Cavour, presso la Cancelleria civile della Corte di cassazione;

– *ricorrente* –

contro

DI STEFANO MARIA, in proprio e nella qualità di amministratore p.t. della STUDIO AFFORI S.A.S. DI DI STEFANO MARIA & C., rappresentata e difesa dagli Avv. Alberto Marelli e Stefania Maniscalco, con domicilio in Roma, piazza Cavour, presso la Cancelleria civile della Corte di cassazione;

– *controricorrente* –

avverso la sentenza della Corte d'appello di Milano n. 2635/20, depositata il 20 ottobre 2020.

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 24 maggio 2023 dal

Consigliere Guido Mercolino.



FATTI DI CAUSA

1. Piergiuseppe Rossi, socio accomandante della Studio Affori S.a.s. di Di Stefano Maria & C., operante nel settore dell'intermediazione immobiliare, convenne in giudizio Maria Di Stefano, in proprio ed in qualità di socio accomandatario della predetta società, per sentir ordinare alla stessa di rendere il conto della gestione relativa agli anni 2010-2013.

A sostegno della domanda, espose che dal mese di aprile 2013 la Di Stefano aveva cessato d'inviargli la comunicazione annuale del bilancio e del conto profitti e perdite, impedendogli di consultare i libri e i documenti contabili e rifiutando di fornire delucidazioni in ordine a provvigioni maturate tra il 2010 e il 2014.

Si costituì la Di Stefano, ed eccepì la spettanza della controversia alla competenza arbitrale, ai sensi dell'art. 14 dell'atto costitutivo della società, contestando inoltre gli addebiti mossi dall'attore e chiedendo il rigetto della domanda.

Il Tribunale di Milano ordinò alla convenuta di rendere il conto della gestione, all'esito del quale il Rossi chiese la condanna della Di Stefano al pagamento in suo favore della quota di utili a lui spettante ed alla restituzione in favore della società delle somme indebitamente prelevate dalle casse della stessa.

1.1. Con sentenza del 17 dicembre 2018, il Tribunale rigettò l'eccezione di compromesso e accolse parzialmente la domanda, condannando la convenuta al pagamento in favore dell'attore delle somme di Euro 7.837,69 a titolo di quota di utili relativa agli esercizi 2010, 2011 e 2012 ed Euro 37.008,93 per altri titoli, nonché alla restituzione in favore della società delle somme prelevate a titolo personale dalle casse sociali, pari ad Euro 12.505,55 per l'anno 2010, Euro 35.781,40 per l'anno 2011 ed Euro 3.100,80 per l'anno 2012.

2. L'impugnazione proposta dalla Di Stefano è stata accolta dalla Corte d'appello di Milano, che con sentenza del 20 ottobre 2020 ha dichiarato improponibile la domanda.



A fondamento della decisione, la Corte ha ritenuto che la domanda, proposta dall'attore in qualità di socio accomandante nei confronti della convenuta in qualità di socia accomandataria ed avente ad oggetto il rendimento del conto dell'attività ed il pagamento degli utili non corrisposti, rientrasse tra le controversie «tra i soci o fra alcuni di essi [...] e la società» attinenti all'esecuzione del contratto, e fosse quindi devoluta alla competenza degli arbitri, ai sensi della clausola compromissoria contenuta nell'art. 14 dell'atto costitutivo della società. Precipato che l'arbitrato previsto da tale clausola aveva natura irrituale, essendo gli arbitri definiti «amichevoli compositori» e chiamati a giudicare «ex bono et aequo», ha ritenuto che l'eccezione proposta dalla convenuta non attenesse alla giurisdizione o alla competenza, ma al merito, reputando altresì irrilevanti le modificazioni normative introdotte dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, in quanto entrate in vigore successivamente alla stipulazione dell'atto costitutivo della società, e applicabili ai soli arbitrati rituali promossi dopo la loro entrata in vigore.

3. Avverso la predetta sentenza il Rossi ha proposto ricorso per cassazione, affidato ad un solo motivo, illustrato anche con memoria. La Di Stefano ha resistito con controricorso.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con l'unico motivo d'impugnazione, il ricorrente denuncia la violazione o la falsa applicazione dell'art. 34, secondo comma, del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, censurando la sentenza impugnata per aver ritenuto applicabile la clausola compromissoria, senza rilevarne la nullità per contrasto con la predetta disposizione. Premesso infatti che quest'ultima si applica anche alle società di persone e all'arbitrato irrituale, nonché alle clausole stipulate prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 5 cit., osserva che l'art. 14 dell'atto costitutivo della società attribuiva il potere di nomina degli arbitri ai soci o alla società, anziché ad un terzo estraneo.

1.1. Il motivo è fondato.

Come rilevato dalla sentenza impugnata, l'art. 14 dell'atto costitutivo della Studio Affori, stipulato il 25 luglio 2000, prevede che «qualunque controversia dovesse insorgere tra i soci o fra alcuni di essi, i loro eredi e la



società, circa l'interpretazione ed esecuzione di questo contratto, sarà rimessa al giudizio di tre arbitri amichevoli compositori, due dei quali da nominarsi da ciascuna delle parti contendenti ed il terzo dai due arbitri così eletti, o in mancanza di accordo dal Presidente del Tribunale di Milano. Gli arbitri giudicheranno *ex bono et aequo*».

In quanto recante l'attribuzione alle parti del potere di nomina degli arbitri, la predetta clausola si pone in contrasto con il disposto dell'art. 34 del d.lgs. n. 5 del 2003, il quale, nel prevedere che «gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'art. 2325-*bis* cod. civ, possono, mediante clausole compromissorie, prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune ovvero di tutte le controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale» (comma primo), stabilisce espressamente che «la clausola deve prevedere il numero e le modalità di nomina degli arbitri, conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società. Ove il soggetto designato non provveda, la nomina è richiesta al Presidente del Tribunale del luogo in cui la società ha la sede legale» (comma secondo).

Com'è noto, la formulazione inequivoca della norma, recante l'espressa previsione di nullità delle clausole che non attribuiscano il potere di nomina di tutti gli arbitri a un soggetto estraneo alla società, ha indotto questa Corte a riconoscerne l'inderogabilità, confermata peraltro dalla rubrica del successivo art. 35, riguardante la disciplina del procedimento. In quest'ottica, è stata altresì esclusa la possibilità di una conversione della clausola compromissoria nulla da clausola per arbitrato endosocietario in clausola arbitrale di diritto comune (c.d. teoria del doppio binario): si è infatti osservato che, in quanto volta a consolidare l'indipendenza degli arbitri, attraverso la previsione della terzietà del designatore, la norma in esame mira ad assicurare l'imparzialità della decisione, rispondente a un principio di ordine pubblico, reputandosi irrilevante, in contrario, l'allusione alla mera possibilità del ricorso all'arbitrato, contenuta nell'art. 34, comma primo, la quale si riferisce non già alla scelta tra l'arbitrato di diritto comune e quello previsto dalla medesima norma, ma a quella tra il ricorso all'arbitrato previsto dalla stessa



norma e il ricorso al giudice ordinario (cfr. Cass., Sez. I, 10/10/2012, n. 17287; Cass., Sez. III, 9/12/2010, n. 24867).

L'operatività dei predetti principi non può ritenersi esclusa, nel caso di specie, per effetto dell'avvenuta qualificazione dell'arbitrato come arbitrato irrituale, essendo stato precisato che l'art. 34 del d.lgs. n. 5 del 2003 trova applicazione anche all'arbitrato irrituale, in considerazione non solo dell'attenuazione della distinzione di tale figura da quella dell'arbitrato rituale, emergente dal più recente indirizzo normativo, ma anche dello specifico riferimento all'arbitrato irrituale contenuto nell'art. 35, comma quinto, del d.lgs. n. 5. E' stato infine precisato che, in riferimento alle società di persone, la norma in esame trova applicazione fin dalla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2003, non operando, rispetto a tali società, le disposizioni di cui agli artt. 223-*bis* e 223-*terdecies* disp. att. cod. civ., riguardanti le sole società negli stessi specificamente indicate, né il comma sesto dell'art. 34, che si riferisce alle sole clausole previste dalla nuova legge: si è pertanto concluso che, a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2003, la clausola compromissoria contenuta nello statuto di una società di persone, che non rimetta la nomina degli arbitri ad un soggetto estraneo alla società, deve ritenersi affetta da nullità sopravvenuta, rilevabile anche d'ufficio, la quale ne comporta l'inefficacia, escludendo quindi la facoltà di promuovere il procedimento arbitrale ed imponendo d'introdurre le controversie dinanzi al Giudice ordinario (cfr. Cass., Sez. I, 31/07/2020, n. 16556; 28/07/2015, n. 15841; 17/02/2014, n. 3665).

La predetta inefficacia, predicabile anche in riferimento alla clausola compromissoria inserita nell'atto costitutivo dello Studio Affori, stipulato in epoca anteriore all'entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2003, non è stata tenuta in conto dalla sentenza impugnata, la quale, nell'escludere la proponibilità della domanda dinanzi al Giudice ordinario, si è limitata a richiamare la disciplina transitoria dettata dal d.lgs. n. 40 del 2006, la cui entrata in vigore non ha tuttavia comportato il superamento di quella relativa all'arbitrato societario, cui occorreva dunque fare riferimento ai fini della valutazione della validità della clausola in esame. Nessun rilievo può assumere, in contrario, la circostanza, fatta valere dalla difesa della controricorrente, che il ricorrente avesse



esercitato il diritto di recesso dalla società, già in epoca anteriore alla pubblicazione della sentenza di primo grado, non risultando tale circostanza idonea ad escludere né l'operatività della clausola compromissoria inserita nell'atto costitutivo della società, applicabile a tutte le controversie tra i soci e tra gli stessi e la società che traggano origine da rapporti instaurati *durante societate*, anche se promosse successivamente alla perdita della qualità di socio (cfr. Cass., Sez. VI, 11/06/2019, n. 15697; 27/09/2013, n. 22303), né la soggezione della predetta clausola alla disciplina normativa ad essa relativa, la cui applicazione d'altronde conduce, nella specie, non già al riconoscimento, ma all'esclusione della competenza degli arbitri, in contrasto con l'intento perseguito dalla controricorrente attraverso il predetto rilievo.

2. La sentenza impugnata va pertanto cassata, nei limiti segnati dai motivi accolti, con il conseguente rinvio della causa alla Corte d'appello di Milano, che provvederà, in diversa composizione, anche al regolamento delle spese del giudizio di legittimità, nonché di quelle relative al procedimento di sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza impugnata, svoltosi dinanzi alla Corte d'appello ai sensi dell'art. 373 cod. proc. civ., delle quali il ricorrente ha chiesto la liquidazione in questa sede.

P.Q.M.

accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte di appello di Milano, in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità e su quelle del procedimento di sospensione della sentenza impugnata.

Così deciso in Roma il 24/05/2023